

## LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL. RAZÓN Y SENSIBILIDAD

Ángel Pelayo González-Torres

*Universidad de Cantabria*



L profesor Peces-Barba se refiere en su libro *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales* a la que denomina «filosofía de los derechos fundamentales», en relación a una corriente de pensamiento que se desarrolla en torno a los siglos XVI a XVIII. Se trata de una nueva mentalidad, distinta de la visión del mundo protagonizada por la Escolástica medieval, y que estará basada en un humanismo individualista y en un racionalismo laico y secularizador. Este pensamiento supondrá muy especialmente una revalorización del hombre y de su dignidad; y sus primeros frutos, que vienen siendo considerados como los primeros hitos en el desarrollo de los derechos humanos, serán la tolerancia religiosa, la división de poderes y la humanización del derecho penal y procesal<sup>1</sup>.

La crítica de las instituciones punitivas existentes y la elaboración de las bases de un nuevo derecho penal fueron uno de los objetivos principales del pensamiento ilustrado durante el siglo XVIII, hasta el punto de que se habla co-

---

<sup>1</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Editorial Mezquita, Madrid, 1982.

múnmente de la existencia de un Iluminismo penal. Tomasio, Kant, Beccaria, Montesquieu, Bentham, Voltaire, Rousseau son algunos de los autores que abordarán esta cuestión, cuestión que será muy debatida en Francia en relación con el movimiento enciclopedista<sup>2</sup>.

Las bases de este iluminismo son el racionalismo, la secularización y la humanización. Su aplicación al campo penal va a determinar un cambio radical tanto en la definición del delito como en la consideración de la pena y en la concepción de los mecanismos procesales. Un cambio, y de ahí su importancia, que sentará las bases del derecho penal y procesal contemporáneo. En buena medida la ciencia del derecho en estos aspectos sigue siendo un diálogo con los autores ilustrados, o al menos una discusión en los cauces marcados en el debate que ellos protagonizaron.

El planteamiento del tema de la humanización del derecho penal y procesal exige probablemente comenzar por dar un vistazo al derecho penal del Antiguo Régimen. Entre sus caracteres más destacados cabe citar<sup>3</sup>:

En primer lugar la confusa estructuración de las instituciones de administración de justicia penal, debida a la existencia de diversas jurisdicciones. Conviven en efecto distintos fueros penales: la jurisdicción real ordinaria, la eclesiástica ordinaria, la del santo oficio de la inquisición, la militar, la señorial, la del consejo de órdenes, la de hacienda, en cierto modo la universitaria.

Podemos poner algún ejemplo notorio, protagonizado por personajes ilustres, de la forma en que las distintas jurisdicciones operaban y se interferían entre sí. Rousseau había sido condenado a prisión por el Parlamento de París —los Parlamentos tenían entonces funciones jurisdiccionales— en 1762 a causa de la publicación del *Emilio*; refugiado primero en Suiza y luego en Estrasburgo, decide marchar a Escocia invitado por Hume, pero lo hará pasando precisamente por París, gracias a un pasaporte real facilitado por unos amigos y a la protección del Temple. En una ciudad cuyo Parlamento le ha condenado pasará tres semanas disfrutando de una gran popularidad<sup>4</sup>. El Marqués de Sade será también condenado por el Parlamento de Provenza en Aix, en este caso a muerte —ser decapitado y luego su cuerpo quemado en la hoguera—, por un delito de sodomía.

<sup>2</sup> Cfr. L. PRIETO, «La filosofía penal de la Ilustración», en *Anuario de Derchos Humanos*, n.º 3, Madrid, 1985, pp. 287-356.

<sup>3</sup> Caracteres que extraemos fundamentalmente del libro de F. TOMÁS Y VALIENTE *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1992.

<sup>4</sup> El episodio graciosamente descrito en B. CRAVERI, *Madame Du Deffand y su mundo*, trad. Esther Benítez, Ed. Siruela, Madrid, 1992, p. 237. Según la autora, se trata de una de esas «contradicciones clamorosas que caracterizan el siglo de las luces».

El noble escapará a esta pena sometiéndose a la jurisdicción real, en virtud de la cual será temporalmente encarcelado<sup>5</sup>.

Una segunda característica será el gran protagonismo desarrollado en los procesos penales por el juez, a causa de la escasa predeterminación de los delitos y de las penas. Un juez que era normalmente a la vez el indagador de los hechos, el encargado de suministrar las pruebas, y finalmente el encargado de juzgar sobre su contenido. Esta acumulación de tareas cuestionaba sin duda su imparcialidad, ante la tendencia del instructor a la hora de apreciar las pruebas que él mismo ha recabado, a dictar una sentencia de culpabilidad acorde con sus investigaciones. Imparcialidad que también se ve cuestionada por el interés personal en el resultado del proceso que el juez, un juez que a menudo había comprado su cargo, tenía en ocasiones como consecuencia de su participación en el importe de las penas pecunarias.

En tercer lugar cabe hablar de la inferioridad procesal del reo a causa de la orientación del sistema de pruebas en pos de la culpabilidad. No hay presunción alguna de inocencia, teniendo más bien al contrario la teoría de los indicios y la valoración de éstos hacia la demostración de la culpabilidad del imputado. Además está la inferioridad del reo derivada del secreto parcial de las actuaciones, y de la distinta valoración de algunas pruebas según que le perjudiquen o le benefician, como, por ejemplo, ocurría con la confesión, que resulta decisiva si es de culpabilidad, mientras que por el contrario no lo es la reiterada confesión de inocencia del reo torturado.

Pero sobre todo y lo que especialmente nos interesa del sistema represivo del Antiguo Régimen es el carácter inmediatamente corporal de su penalidad. El cuerpo es el objeto preferente de represión penal, y la represión penal consiste en una intervención directa y traumática sobre ese cuerpo. Una intervención que hoy no dudaríamos en considerar cruel.

De entre las penas más típicas en el Antiguo Régimen: confiscación, galeras, destierro, látigo, infamia, marca, mutilaciones y pena de muerte, las penas corporales eran las más frecuentes. La pena de muerte, por ejemplo, se aplicaba a un gran número de delitos y adoptaba diversas modalidades: horca, decapitación, hoguera, descuartizamiento.

Por el contrario la pena de cárcel, hoy la pena por excelencia de los sistemas penales, se aplicaba con escasa frecuencia, y normalmente como reclusión previa al juicio para garantizar la comparecencia del reo, más que como una

---

<sup>5</sup> Cfr. M. LEVER, *Donatien Alphonse Francois, Marqués de Sade. Biografía*, Seis-Barral, Barcelona, 1994.

pena sustantiva, conforme a la máxima latina «carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet». Cuando era pena sustantiva tomaba normalmente la forma de trabajo forzado en las minas o en galeras. Por otro lado, aun las penas que no fueran directamente corporales, como la confiscación de bienes, destierro o multa, llevaban a menudo aparejadas penas corporales, como la picota, el látigo, la marca, etc.

Las penas corporales estaban además fuertemente ritualizadas por los tribunales, de forma que en torno a la intervención corporal se explaya la primitiva ciencia penal: número de latigazos, lugar de emplazamiento del hierro al rojo, tipo de mutilación que imponer según la relación del órgano corporal con el delito (mano cortada para el robo, labios y lengua taladrados para la blasfemia), duración de la agonía en la rueda o en la hoguera, donde el tribunal decide si hay que estrangular al reo y en qué momento, con el fin de graduar el tiempo que el condenado ha de permanecer expuesto al sufrimiento físico, sufrimiento que es el contenido fundamental de la penalidad, etc.<sup>6</sup>

Además la ejecución de las penas será pública. Procesos secretos y ejecuciones públicas serán un rasgo distintivo del sistema del Antiguo Régimen frente al modelo contemporáneo de juicios públicos y ejecuciones privadas. Una publicidad que aumenta el dolor y contribuye a la penalidad mediante la exposición a la venganza.

Se trata por lo tanto una pena corporal, dolorosa, más o menos atroz y pública.

Hay distintas teorías que intentan explicar por qué el cuerpo se convierte en el objeto por excelencia de la represión penal. Una de ellas, de raíz materialista, pone en relación los regímenes punitivos con los sistemas de producción. Explica el progresivo aumento de las penas corporales durante el feudalismo, en un momento en que la moneda y la producción están poco desarrolladas, por ser el cuerpo en la mayoría de los casos el único bien accesible. Según esta teoría con el desarrollo de la economía mercantil aparecerá el trabajo obligado, la manufactura penal; y finalmente, con el mercado libre de mano de obra exigido por el sistema industrial, el trabajo obligatorio —que atenta contra el principio de la libre competencia— sería sustituido por la detención con fines correctivos<sup>7</sup>. A partir de este momento, y conforme a este enfoque, la misión de la cárcel deja-

<sup>6</sup> Cfr. M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, trad. Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI Editores, Madrid, 1988, pp. 40 y 50.

<sup>7</sup> Teoría sostenida por G. RUSCH y KIRCHHEIMER en *Pena y estructura social*, trad. Emilio García Méndez, Temis, Bogotá, 1984.



rá de ser la de producir mercancías para convertirse en una institución destinada a disciplinar a los reos con el fin de prepararles para asumir el papel de proletarios<sup>8</sup>.

Pero si bien es cierto que el cuerpo es el primer bien disponible por todos, y el único por muchos durante el Antiguo Régimen, no lo es menos que hay otros factores en los que cabe incidir a la hora de intentar explicar el porqué de la penalidad corporal. Señaladamente la influencia de las ideas religiosas sobre el derecho penal.

Todo el pensamiento jurídico durante la Edad Media y buena parte de la Edad Moderna está fuertemente influido por presupuestos teológicos. En relación con el Derecho penal se ha afirmado que ideas tan importantes como las de culpa, delito, expiación, libre albedrío, responsabilidad o conciencia, son del dominio mixto de la teología moral y de la filosofía<sup>9</sup>.

Es conocido que hay una clara correlación entre la construcción del concepto de delito y la definición teológica del pecado, como en general entre las acciones que son consideradas como pecado y las que son tenidas por delito. Paralelismo que hará correr parejas también la pena y la penitencia.

En cuanto a la pena, una concepción sacralizada la convierte en trasunto del castigo divino, en la ciega ejecución del mandato divino dirigida contra quien rompe el orden querido por Dios<sup>10</sup>. Entonces la finalidad primera de la pena será la expiación. La pena se vuelve sobre el culpable y se ceba en él, y la expiación se realiza por medio del dolor físico que padece el cuerpo del reo, un dolor que es objeto de culto como medio de purificación. Son elementos esenciales en este proceso de purificación la sangre y el fuego, en claro paralelismo de las penas humanas con las penas eternas, y con la visión que de ellas presenta la religión oficial.

Las ideas religiosas avalan el sufrimiento corporal no sólo en el momento de ejecutar la pena, sino también, de forma indirecta, durante el procedimiento. La correlación delito-pecado y pena-penitencia implicará que no hay nada mejor para saber si un hombre es culpable que su propia confesión. Las ventajas de la confesión son múltiples para el sistema de administración de justicia. Gracias a ella, si se logra que el reo reconozca y asuma su culpabilidad, la

<sup>8</sup> Cfr. D. MELOSSI y M. PAVARINI, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, trad. Xavier Massimi, Siglo XXI Editores, Madrid, 1987, en especial las pp. 189 y ss., bajo el título «La cárcel como fábrica de hombres».

<sup>9</sup> Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, cit., pp. 86 y ss.

<sup>10</sup> Cfr. L. PRIETO, *La filosofía penal de la Ilustración*, cit., p. 294.

justicia ve reconocido el éxito de su actuación por el propio culpable y logra aumentar su legitimación demostrando de manera incuestionable su eficacia. Pero con la confesión de por medio hay además en juego una cuestión moral, un trasunto religioso: la confesión del reo libera al tribunal de la responsabilidad moral por el castigo impuesto y además, por añadidura, permite que el prisionero salve su alma si al duro expediente de la confesión le sigue el más fácil trámite del arrepentimiento. Por todo ello la confesión se convierte en la prueba reina del proceso<sup>11</sup>. La cruz de este expediente será que de la mano de la confesión entrará el suplicio en el proceso, ya que para lograrla era posible someter al reo a tormento.

Que el valor probatorio de la confesión y la tortura venía avalado por consideraciones religiosas lo pone de manifiesto Verri, quien afirma que la metódica introducción de la tortura después del siglo XI tiene relación con los llamados *juicios de Dios*. En ellos la inocencia se demostraba soportando un terrible dolor físico, como el producido por la introducción de un brazo en un caldero de agua hirviendo o llevar un hierro incandescente en la mano. Se suponía que en estos casos Dios sustraía del dolor al inocente. Pues bien, del mismo modo el torturado inocente podría soportar el dolor sin esfuerzo y no tendría que confesar un delito no cometido para liberarse de él<sup>12</sup>.

La propia confesión, con su carga de sufrimiento y autoreproche, funciona además como uno de los elementos expiatorios, que junto con el dolor corporal y la venganza pública configuran el modelo antiguo de penalidad.

La influencia del pensamiento cristiano en el ejercicio de la penalidad por medio del castigo corporal tiene que ver también con la visión del cuerpo que se generaliza durante la Edad Media. Puede decirse a este respecto que hay un tránsito en la consideración del cuerpo del Mundo Antiguo a la Edad Media, promovido precisamente por el pensamiento cristiano que se impone en torno a finales del siglo V y principios del siglo VI<sup>13</sup>. Este cambio implica lo que Jacques Le Goff ha descrito como «la derrota doctrinal del cuerpo», que señala el final del mundo antiguo y el comienzo de la Edad Media<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Sobre la importancia procesal de la confesión en el proceso antiguo cfr. J. L. VÁZQUEZ SO-TELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 26 y ss.

<sup>12</sup> Cfr. P. VERRI, *Observaciones sobre la tortura*, trad. Manuel de Rivacoba, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 107.

<sup>13</sup> Cfr. P. BROWN, *El cuerpo y la sociedad. Los cristianos y la renuncia sexual*, trad. Antonio Juan Desmonts, Muchnik Editores, Barcelona, 1993.

<sup>14</sup> Cfr. J. LE GOFF, *Corps et idéologie dans l'Occident médiéval*, en *L'imaginaire médiéval*, Editions Gallimard, 1895, pp. 123-126. Para Le Goff esta «derrota doctrinal del cuerpo» es una de las gran-

El cuerpo ya no es simplemente el afloramiento neutral o indeterminado del mundo natural, sino que aparece lastrado por una fuerte carga ideológica que le presenta como algo negativo. Pese a ser una creación divina, el hombre lastrará pronto al cuerpo acarreándole el pecado y la muerte. Como consecuencia puede decirse que «en el pensamiento católico de comienzos de la Edad Media, la carne humana emergió como algo tembloroso. Su vulnerabilidad a la tentación, a la muerte, e incluso al placer, era una manifestación, dolorosamente apropiada, de la voluntad cojeante de Adán»<sup>15</sup>. De ahí que el cuerpo acabe por ser, sobre todo, el símbolo de la debilidad de la voluntad, y se desarrolle en torno a él lo que se ha denominado «una desagradable retórica del cuerpo»<sup>16</sup>.

Se ha intentado hacer más visible esta idea, que implicaría también una nueva sensibilidad hacia el desnudo, haciendo una oposición iconográfica entre las antiguas representaciones de los emperadores romanos, desnudos, con unas anatomías rotundas, que evocaban la serenidad y la disposición de ánimo heroico propias de los dioses inmortales, frente a los cuerpos, más ligeros que el aire, que parecen haber perdido su materialidad, de Cristo y los apóstoles tal y como aparecen en los mosaicos romanos del siglo v. Las túnicas, que ocultan las formas, y los halos, que introducen espiritualidad, sustituyen a la exposición anatómica. Los santos cristianos han perdido su corporeidad<sup>17</sup>.

El cuerpo, que se oculta, símbolo de la debilidad de la voluntad, es la prisión del alma, el enemigo fácilmente inclinado a la tentación, y por ello aparece más bien como un objeto adecuado para el ejercicio de la autocoacción, la renuncia, el ascetismo. Y también, naturalmente, de la represión penal.

El cuerpo humano es sin duda un elemento fácil para establecer simbolismos, y aparecerá en otras teorías de influencia religiosa durante la Edad Me-

---

des revoluciones culturales del triunfo del cristianismo en Occidente. En relación con ella de la vida cotidiana, social y cultural, se suprimen el teatro, el estadio, el circo y las termas, espacios de sociabilidad y cultura que utilizaban o incluso exaltaban el cuerpo. Para el autor la nueva consideración del cuerpo llega al horror en la consideración de los aspectos sexuales.

<sup>15</sup> Cfr. P. BROWN, *El cuerpo y la sociedad...*, cit., p. 581.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 587.

<sup>17</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 585 y ss. También Oscar Wilde se refiere a las manifestaciones artísticas de la Edad Media poniendo en relación la apología del dolor como forma de vida y la visión negativa del cuerpo con las manifestaciones artísticas. Afirmará que «el culto que ha dominado más en el mundo es el del dolor. La Edad Media, con sus santos y sus mártires, su amor al sacrificio y al tormento, su frenética pasión por el sufrimiento, por desgarrarse con cuchillos y disciplinas, la Edad Media ha sido el verdadero cristianismo [...] y para encontrar la verdadera representación del verdadero Cristo tenemos que recurrir al arte medieval. En este figura como un hombre mutilado, lacerado [...] es un Dios que alcanza la perfección por medio del sufrimiento», en O. WILDE, *El alma del hombre bajo el socialismo*, trad. Julio Gómez de la Serna, Tusquets, Barcelona, 1975, pp. 66 y 67. Algo similar ocurrirá con el arte barroco.

dia<sup>18</sup>. Algunas de ellas tendrán gran importancia por su trascendencia social y política. Pero más que estar destinadas a la rehabilitación del cuerpo encajan en ese esquema que desdeña el cuerpo de los hombres individuales.

Se desarrollará por ejemplo la teoría de la corporación, pero en ella el cuerpo que interesa, el cuerpo que cuenta, será el cuerpo colectivo o social. Baldo define al *populus* como una colección de hombres unidos en un cuerpo místico, pero destacará por oposición a él la insignificancia de los componentes mortales.

El pueblo como un cuerpo humano es una metáfora muy antigua de origen teológico, que estará siempre presente en el pensamiento político de la Baja Edad Media. Esta teoría se relaciona con la teoría medieval del doble cuerpo del rey de la que nos habla Ernst H. Kantorowicz en su obra *Los dos cuerpos del rey*<sup>19</sup>. Nos movemos en el ámbito de los símbolos y mitos del poder. Se trata de una teoría, una vez más de origen religioso, que es definida por Kantorowicz como un «fantástico alarde de absurdos metafísicos, o mejor dicho meta-fisiológicos».

Según ella el rey posee dos cuerpos: un cuerpo natural y otro político. El cuerpo natural del rey está compuesto de miembros naturales como el de cualquier otro hombre, y por él el rey está sujeto a las pasiones y a la muerte como cualquier otro hombre. El cuerpo político es un cuerpo simbólico del que el rey es la cabeza y cuyos miembros son sus súbditos, sobre los que tiene la absoluta facultad de gobierno. Este cuerpo no está expuesto como el otro a las pasiones ni a la muerte.

En primera instancia esta teoría está claramente destinada a responder a las necesidades institucionales de estabilidad y continuidad del poder político, por ejemplo en el caso de muerte del rey, hasta que el sucesor se hace cargo del trono<sup>20</sup>, pero también cabe pensar que cumple una segunda misión cual es la de

<sup>18</sup> «Metáfora privilegiada» le denominará Le Goff en *Corps et idéologie dans l'Occident medieval*, cit., p. 124.

<sup>19</sup> Cfr. E. H. KANTOROWICZ, *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, trad. Susana Aikin y Rafael Blázquez, Alianza Universidad, Madrid, 1985.

<sup>20</sup> A este respecto se dice del cuerpo político del rey que «[...] en lo que se refiere a este Cuerpo el Rey nunca muere, y su Muerte natural no se llama en nuestro derecho la Muerte del Rey, sino la sucesión del Rey, palabra que no significa que el Cuerpo político del Rey está muerto, sino que se ha producido la Separación de los dos Cuerpos, y que el Cuerpo político es transmitido y trasladado del Cuerpo natural que ahora se halla muerto o desprovisto de la real Dignidad, a otro Cuerpo natural. Lo que viene a significar el traslado del Cuerpo político del Rey de este reino de un Cuerpo natural a otro», cfr. *ibidem*, p. 25. De ahí la célebre frase «el rey ha muerto, ¡viva el rey!», con lo que se pretende garantizar las continuidad institucional y evitar la intranquilidad y los peligros para el reino que pueden derivarse del vacío de poder. A este respecto, por ejemplo, es expresivo un corto diálogo entre ciudadanos en una



rehabilitar el cuerpo físico del rey mediante el contacto con el cuerpo institucional. El rey es incapaz de errar, de pensar mal, no caben en él locura ni debilidad, y por tanto es irresponsable. Y además de ser irresponsable y en parte precisamente por eso, su cuerpo es intocable.

Es, pues, rahabilitado el cuerpo del rey, y convertido a la vez en la cabeza del cuerpo político, del que los cuerpos de los súbditos no son sino sus miembros<sup>21</sup>. Y aquí la alegoría nos vuelve a colocar en un punto en el que la penalidad corporal se justifica y los cuerpos de los hombres individuales corren peligro. Son conocidas las palabras de las Escrituras sobre el destino de los miembros del cuerpo que escandalizan. Santo Tomás teorizará la conveniencia de la pena de muerte alegando la necesidad de amputar del cuerpo los miembros enfermos<sup>22</sup>. El rey es la cabeza de este cuerpo —o en otros casos el alma—, y por lo tanto un elemento imprescindible, pero los demás súbditos no lo son, y la muerte de uno de ellos es a la vez su fin físico y la depuración del cuerpo simbólico.

El cuerpo del rey es como hemos dicho un cuerpo que no se puede tocar, pero qué ocurre cuando alguien ha tocado el cuerpo del rey. En 1757, en París, Damiens intenta atravesar con un cuchillo a Luis XV. Aprovechando la extrema gravedad de este delito, equiparado al parricidio, se volcará sobre el reo la panoplia de castigos físicos previstos por el derecho penal francés. En su lógica a un delito tan grave sólo se puede responder con una acumulación de penas igualmente larga: públicamente le serán atenaceadas las partes más carnosas del cuerpo: las tetillas, los brazos, los muslos y las pantorrillas, y una vez descarnadas sobre las llagas se verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez, resina ardiente, cera y azufre, fundidos conjuntamente. Su mano derecha, con el cuchillo con que realizó el atentado, será quemada con fuego de azufre. Después el cuerpo será estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego<sup>23</sup>.

---

de las obras de Shakespeare, *Ricardo III* (Acto II, Escena III): «Ciudadano 1.º —¡Buenos días, vecino! ¿Adónde vais tan aprisa? Ciudadano 2.º —Os juro que ni yo mismo lo sé. ¿Habéis oído las noticias que corren? Ciudadano 1.º —Sí, que el rey ha muerto. Ciudadano 2.º —¡Por la Virgen, malas noticias! Rara vez sucede lo mejor. Temo, temo que el mundo marche a tropezones».

<sup>21</sup> Así es como aparece representado por ejemplo en la página titular del *Leviatán* de Thomas Hobbes, edición de Molesworth, Londres, 1839. La imagen se puede ver en la edición española del *Leviatán* de Alianza Universidad, trad. Carlos Mellizo, Madrid, 1989, p. 5.

<sup>22</sup> Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra los gentiles*, trad. Carlos Ignacio González, Editorial Porrúa, México, 1991, Libro III, Cap. CXLVI: *Los jueces pueden imponer castigos*, pp. 511-512. En este capítulo aparece además establecida claramente la relación entre la potestad humana de castigar los delitos y las disposiciones de la divina providencia.

<sup>23</sup> La descripción del suplicio puede verse en M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, cit., pp. 11-12.

Damiens resistió el suplicio hasta el final. Incluso debieron añadirse dos caballos más a los cuatro que inicialmente intentaban el descuartizamiento. Durante horas se logró el fin perseguido por la sentencia de infligir un terrible y duradero sufrimiento al condenado, reteniendo su vida en el dolor. La pena no consiste en la muerte sino en el sufrimiento, un sufrimiento físico y público. Qué expresiva es esta forma de hacer justicia de la oposición entre el inviolable cuerpo de un rey irresponsable y el cuerpo de uno de sus súbditos literalmente destrozado por el tormento.

Tras este vistazo, finalmente expresionista, al derecho penal del antiguo régimen, cabe preguntarse ahora cuál es la finalidad a la que responde este particular sistema penal caracterizado por la violencia física.

Para los ilustrados el derecho del Antiguo Régimen será además de un derecho cruel un derecho irracional e ineficaz. Según ellos la irracionalidad deriva del hecho de que el castigo tiene poco que ver con el delito. No es proporcional al daño, no tiene en cuenta las circunstancias que rodean al hecho y al autor, y muy bien puede recaer sobre un inocente. Sin embargo a partir de esos mismos y de algunos otros caracteres del derecho penal que repugnan a los ilustrados: el castigo corporal, el espectáculo, la desproporción, la casi predeterminación de la culpabilidad del reo, se ha reconstruido la lógica del derecho penal antiguo. Durante el Antiguo Régimen la pena, más que castigar ciertos hechos, actuaría como un acto de reafirmación general del orden político y social ante la realización de un acto delictivo<sup>24</sup>. En buena medida, además, el acatamiento del orden social y político, que hoy se logra por medio de mecanismos de socialización de valores a través de la educación, se conseguía entonces gracias a estos espectáculos de terror y sufrimiento.

El delito supone una alteración del orden y por lo tanto es un ataque al soberano y pone en cuestión su poder, de ahí que la comisión de un delito haya de tener como respuesta una nueva y rotunda manifestación de poder. En un momento en el que el detentar el poder encuentra su principal justificación en la posesión de la mayor fuerza, y en el que la principal forma de ejercicio del poder es la violencia física, es lógico que la respuesta adopte la forma de una pena violenta, corporal, cruel y pública. El suplicio no restablecía la justicia sino que reactivaba el poder y la ejecución pública se convertía más que en una obra de justicia en una manifestación de fuerza<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, cit., pp. 52 y ss.

<sup>25</sup> Según Foucault los suplicios ni siquiera se justifican sobre la base de una economía del ejemplo, como argumentaran los juristas del XVIII en su polémica con los reformadores, sino más bien en una po-

Una vez que el acto delictivo se ha producido debe producirse también una manifestación del poder. El sistema es algo más parecido a la dinámica bélica de la represalia, donde la respuesta al ataque está normalmente poco diferenciada —es relativamente indiscriminada y desproporcionada—, que a la moderna lógica penal que pasa por la indagación del delito en el intento de establecer la verdad y por la determinación de la retribución adecuada y proporcional del delincuente. El medio adecuado es una violencia física porque tiene que quedar claro de que lado está la mayor fuerza.

Pero esta lógica represiva tiene algunas otras consecuencias importantes. Una vez que tiene lugar el acto delictivo contrario al orden establecido la manifestación de fuerza de poder que lo contrarresta y anula ha de tener lugar, y naturalmente para lograrlo resulta imprescindible encontrar un culpable. En parte el acusado no es más que un pretexto para que el poder se reproduzca y manifieste, como podría serlo un animal o un objeto, ocasionalmente víctimas también de la represión penal.

Atendiendo a este sentido del sistema penal se explicaría por ejemplo la valoración de las distintas pruebas en el proceso, que tienden a encontrar siempre un culpable y a lograr siempre una condena. Es muy expresivo a este respecto cómo la demostración en materia penal no obedece a un sistema dualista de verdadero o falso, y por tanto culpable si el delito queda probado o inocente en caso contrario, sino a un principio de gradación continua, de modo que un grado obtenido en la demostración formaba ya un grado de culpabilidad e implicaba, por consiguiente, un grado de castigo. Siguiendo a Foucault: «[...] uno de estos indicios (rumor público, huida, turbación en el interrogatorio) tomado por sí mismo y si permanece aislado puede tener un tipo definido de efecto judicial: las pruebas plenas pueden traer aparejado cualquier tipo de condena; las semiplenas pueden acarrear penas aflictivas, pero jamás la muerte, los indicios imperfectos y leves bastan para hacer “decretar” al sospechoso, a adoptar contra él medidas de más amplia información o a imponerle una multa»<sup>26</sup>.

---

lítica del terror: se trata de hacer sensible a todos, sobre el cuerpo del criminal, la presencia desenfadada del soberano, «es la justicia como fuerza física, material y terrible del soberano la que se despliega. La ceremonia del suplicio pone de manifiesto a la luz del día la relación de fuerzas que da su poder a la ley», cfr. *ibidem*, p. 55.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 42 y 48. En sentido similar cfr. J. L. VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado en íntima convicción del tribunal*, cit., pp. 23-24. El mismo sometimiento a tormento de una persona que luego era declarada inocente se justificaba en parte con el argumento de que de esta manera había expiado los indicios que pesaban contra él: «si el reo resiste el tormento [...] se entendían purgados los indicios que había contra él en la causa y que habían justificado la aplicación del tormento», *ibidem*, p. 64.

Esta necesidad de encontrar un culpable sobre el que volcar la fuerza del poder explicaría también que en los delitos más ocultos fuesen menores las exigencias probatorias para declarar la culpabilidad, como ocurría, por ejemplo, con el delito de sodomía<sup>27</sup>. Esta debilidad probatoria afectaba también a los delitos más atroces, aquellos que bajo ningún concepto podían quedar sin castigo<sup>28</sup>.

En el mismo sentido se ha afirmado que la finalidad misma del tormento, coherente con el sistema probatorio y el carácter esencialmente represivo del sistema, no será tanto la averiguación de la verdad como la obtención de la confesión de culpabilidad<sup>29</sup>. Pero aun en el caso de que no hubiera confesión la pena podía recaer sobre el reo, la tendencia del derecho penal del Antiguo Régimen a conseguir más que la verdad la condena del prisionero se sancionaba entonces con la máxima «contumax habitur per convictu et confeso»<sup>30</sup>.

No es de extrañar, a causa de esta tendencia del derecho penal antiguo, a encontrar un culpable sobre el que ejercer la represión penal y especialmente teniendo en cuenta la práctica de la confesión y la tortura como medio de prueba, que se haya dicho que lo mejor que podía hacer una persona requerida por la justicia, fuera o no culpable, era huir<sup>31</sup>.

Frente a este régimen penal aparece con la Ilustración una nueva concepción de cómo ha de ser ejercida la potestad represiva del Estado, basada en un racionalismo secularizado y en una nueva sensibilidad ante el sufrimiento de los demás hombres.

La aplicación del nuevo racionalismo secular a la organización social y política bebe fundamentalmente, desde el punto de vista doctrinal, de las teorías del contrato social. Supone asumir que el origen de la comunidad se encuentra en la agrupación voluntaria de hombres que deciden voluntariamente organizarse en la forma más conveniente para sus derechos e intereses, lo que va a tener diversas e importantes implicaciones a la hora de proponer modelos de organización política. Algunas de ellas van a operar y acabarán por configurar el marco institucional general y a la vez influirán en el campo del dere-

<sup>27</sup> Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal*, cit., pp. 227 y ss.

<sup>28</sup> Delitos en los que además era más frecuente la aplicación de la tortura, y donde se encontraba una mayor justificación doctrinal para su aplicación, cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 81.

<sup>29</sup> Cfr. *ibidem*, p. 81, y también M. PAZ ALONSO, *El proceso penal en Castilla (siglos XII-XVIII)*, Ed. Universidad de Salamanca, 1982, p. 245.

<sup>30</sup> Máxima referenciada en M. CASAS FERNÁNDEZ, *Voltaire criminalista. Precursor del humanitarismo en la legislación penal*, Ed. Reus, Madrid, 1931, p. 77.

<sup>31</sup> Como sostiene también Tomás y Valiente en *El derecho penal...* cit., p. 183.

cho penal, como la división de poderes, con la consiguiente limitación del arbitrio judicial, o también el principio de legalidad, con la consiguiente necesidad de que las conductas delictivas y las penas estén previamente previstas en las leyes<sup>32</sup>.

Se realizarán también modificaciones técnicas en el ámbito procesal como la unificación progresiva de jurisdicciones, fruto de la tendencia a la concentración y al fortalecimiento del poder central del Estado, o la separación entre el juez que instruye y el que falla.

Más concretamente, en referencia a las penas, los ideales de racionalidad y eficacia de la ilustración sirven para reprobar esa cruenta penalidad corporal típica del Antiguo Régimen.

Un objeto de crítica que sirve como ejemplo de las nuevas perspectivas será la pena capital como pena típica y muy generalizada en el Antiguo Régimen. Se critica en primer lugar porque al ser aplicada a delitos de muy distinta gravedad provoca efectos contrarios pero igualmente indeseables. Por un lado y desde la perspectiva del delincuente puede incitar a la comisión de los delitos más graves, al tener todos el mismo castigo. Por otro, desde la perspectiva del juez, el carácter demasiado duro de la pena en relación con determinados delitos, mezclada con el arbitrio judicial, podía dar lugar en ocasiones a que el juez opte por no castigar el delito, abocando a la impunidad.

A este respecto aparece en los intentos de reforma penal una nueva exigencia derivada del espíritu de cálculo propio de los ilustrados como forma de introducir racionalidad. Se trata de lograr una penalidad progresiva en la que a los delitos más graves deben seguir las penas más graves y a delitos menos graves las penas menos graves. Para ello se trata de construir de nuevo la escala de la penalidad con una nueva ordenación de los delitos según su gravedad y de las penas que les corresponden. Una escala de la penalidad en la que es fundamental la presencia de la idea de proporcionalidad. Se impone una concepción

---

<sup>32</sup> Este proceso ha sido puesto en relación con el ascenso político de la clase burguesa y sus pretensiones de seguridad jurídica. Para Rusche y Kirchheimer estos logros son fruto de la presión de la burguesía que buscaba garantías legales para su propia seguridad en un momento en el que luchaba por obtener el poder político. Se trataría de innovaciones tanto del proceso penal como del derecho material, tales como los procesos públicos, la libre elección del defensor, el juicio por jurado, la abolición de la tortura, el establecimiento de normas definidas sobre la prueba, y sobre todo la formulación precisa de las conductas típicas según el principio de legalidad. Algunas de estas pretensiones aparecen en los «Cahiers des États généraux» de 1789, cfr. G. RUSCH y KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social*, cit., pp. 86 y ss. En relación con tales aspiraciones burguesas se sostiene que el papel de los jueces en la primera mitad del siglo XIX estuvo al servicio de la burguesía frente a la aristocracia del Antiguo Régimen, hasta el momento en que se produce la reconciliación entre burgueses y aristócratas que determina una nueva actitud conservadora de los jueces, cfr. *Ibidem*, p. 171.

aplicada de la justicia distributiva entre delito y pena que tiene por finalidad evitar la delincuencia mayor.

Este dato es importante también porque en este sentido se aprecia que la pena física es difícilmente proporcional a la culpa y a la gravedad del delito, ya que está limitada por la sensibilidad humana. Si se admite que existe un grado de sufrimiento pasado el cual todo hombre es insensible, ello implica que con el castigo corporal la penalidad está en función de un criterio independiente de la culpa y del delito como es la resistencia al dolor del prisionero<sup>33</sup>.

Por ello aparece frente al castigo corporal la nueva forma de penalidad por excelencia: la prisión. Fácilmente cuantificable, susceptible de hacer funcionar la escala proporcional de la penalidad, uniforme para todos, apta para ser empleada en la rehabilitación social del reo, cumple una serie de requisitos preciosos para una nueva mentalidad como medio de represión<sup>34</sup>.

Pero además la pena de muerte carece de eficacia intimidatoria porque es un espectáculo que produce una mezcla de compasión y desdén, más que el saludable temor que origina el efecto de la prevención general, y por último marca un sendero contrario al que conduce el proceso civilizador, al endurecer los sentimientos de los hombres. Dentro del discurso de la sensibilidad, al que nos referiremos más adelante, se sostiene que las penas horribles dan lugar a un aumento de los crímenes, ya que aumentan la dureza de los sentimientos del pueblo, que queda más endurecido por el empleo de castigos cruentos que por las acciones que se castigan<sup>35</sup>.

La pena de muerte no desaparecerá inmediatamente, pero se limita a delitos especialmente graves, se dulcifica en su ejecución, en la idea de que la pena ha de consistir sólo en la privación de la vida y no en ningún otro sufrimiento añadido, y progresivamente deja de llevarse a cabo en público para pasar a ejecutarse en el interior de las prisiones<sup>36</sup>.

Otro ejemplo interesante de cómo funciona la crítica ilustrada nos lo proporciona la revisión de la institución del tormento. Para empezar, la tortura es presentada como irracional en su calidad de procedimiento de indagación, porque no

<sup>33</sup> Como hace constar C. BECCARIA en *De los delitos y las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1990, cit., p. 73.

<sup>34</sup> La detención será por ejemplo la pena típica del código penal revolucionario francés de 1791.

<sup>35</sup> Cfr. M. CASAS FERNÁNDEZ, *Voltaire criminalista. Precursor del humanitarismo en la legislación penal*, cit., p. 47.

<sup>36</sup> En cuanto al proceso de pérdida de publicidad de la pena de muerte cfr. GARCÍA VALDÉS, *Introducción a la penología*, Instituto Criminológico de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, pp. 30 y ss. Algunas fechas claves de este proceso son: 1840 en Alemania, 1851 en Prusia, 1868 en Inglaterra, 1900 en España (ley Pulido), y 1939 en Francia.

contribuye a la averiguación de la verdad. Como Verri hace notar muy bien, «en el rostro de un hombre dejado en el estado natural de sus sensaciones, se puede distinguir fácilmente la severidad de la inocencia o bien la turbación del remordimiento. La apacible seguridad, la voz tranquila, la facilidad de deshacer las objeciones en el interrogatorio, pueden hacer reconocer a veces al hombre inocente; y, asimismo, el obscuro turbamiento, el tono alterado de la voz, la extravagancia, la confusión de las respuestas, pueden levantar la sospecha de la delincuencia. Pero póngase a ambos, a un reo y a un inocente entre los sufrimientos, entre las extremas convulsiones de la tortura, y estas delicadas diferencias se eclipsan...»<sup>37</sup>.

Además la tortura convierte el dolor en una especie de «crisol de la verdad», lo que lleva con facilidad a condenar a los débiles y absolver a los fuertes. Se trata como dirá Beccaria de un juicio digno de un canibal en el que «[...] se pone al inocente en peor condición que al reo; puesto que aplicados ambos al tormento el primero tiene todas las combinaciones contrarias, porque o confiesa el delito y es condenado o es declarado inocente y ha sufrido una pena que no debía; pero el reo tiene un caso favorable para sí, éste es cuando, resistiendo a la tortura con firmeza, debe ser absuelto como inocente [...] Luego el inocente debe siempre perder y el culpable puede ganar»<sup>38</sup>.

Pero sobre todo es inadmisibles porque resulta ser un castigo previo a saber si se es culpable, lo que implica que no se trata de un procedimiento indagatorio, sino de una pena anticipada a la declaración de culpabilidad, y esto resulta incompatible con la nueva preocupación por el inocente de que hará gala el pensamiento ilustrado.

En efecto estos últimos párrafos resultan expresivos porque muestran la preocupación por el inocente como novedad del discurso penal, la aparición del inocente como argumento dentro de los discursos penales y procesales. Una preocupación que cristalizará en la consagración legal de la presunción de inocencia, una institución que intentará desvanecer el perjuicio existente hasta entonces según el cual todo el mundo es culpable de algo desde el momento en que comparece ante el tribunal —o incluso antes.

Como consecuencia del principio de presunción de inocencia tiende a cambiar el sentido del proceso, que pasa a convertirse en un instrumento de defensa del acusado. Incluso a los delitos más graves, castigados con una pena más severa, les serán exigidas mayores contundencias probatorias.

<sup>37</sup> Cfr. P. VERRI, *Observaciones sobre la tortura*, cit., p. 84.

<sup>38</sup> Cfr. C. BECCARIA, *De los delitos...*, cit., pp. 56-57. En el mismo sentido cfr. P. VERRI, *Observaciones sobre la tortura*, cit., pp. 81-85.

En relación con este punto se enfatizará ahora la diferencia culpable/inocente, que no admite ya grados intermedios. Verri dirá que «o el delito es cierto o bien solamente probable», lo que lleva a relativizar algunos de los medios procesales del derecho antiguo como las sospechas, los indicios, semipruebas, semiplenas, cuasipruebas, etc <sup>39</sup>.

Pero sobre todo, y más allá de la crítica a algunas penas concretas, como consecuencia de la idea cada vez más generalizada de que el origen de la comunidad se cifra en un pacto social entre individuos libres que buscan su propia conveniencia, cambia expresamente la consideración misma del delito y de la pena. La justicia penal, y ésta es la gran aportación ilustrada, pierde su trasunto teológico, se seculariza y su razón de ser pasa a cifrarse en la conveniencia pública, en la utilidad social.

Tomás y Valiente, comentando el pensamiento del ilustrado español Larzizabal, dirá que «para este filósofo ilustrado, delito y pecado son diferentes enteramente; los hombres al vivir en sociedad y renunciar por pacto a una parte de sus libertades individuales, lo hicieron para conservar ilesa y en buen orden su vida social; de donde se sigue que las leyes penales, necesarias para la conservación de tal orden, “no pueden tener otro objeto que aquellas acciones externas que directa o indirectamente turban la tranquilidad pública o la seguridad de los particulares”» <sup>40</sup>.

Ya Beccaria había dicho que la justicia no es aquella diferente suerte de justicia que dinamita de Dios y que tiene sus inmediatas relaciones con las penas y recompensas eternas. Por lo tanto delito y pecado deben separarse, la justicia es un asunto humano y el daño del delito se mide por el daño provocado a la sociedad y no por razones religiosas <sup>41</sup>.

Igualmente, y a la luz de las doctrinas utilitaristas, se trata de buscar en la pena una finalidad humana, de interés social. Por ejemplo en el caso de Beccaria se trata de impedir que el reo cause nuevos daños y de retraer a terceros de la comisión de delitos, avalando las típicas funciones de prevención especial y prevención general.

Se muestra aquí un rasgo típico de la personalidad ilustrada cual es el de la preocupación por el futuro. Porque es en cierto modo un hábito ilustrado el mirar siempre hacia el futuro, tampoco la pena debe mirar hacia atrás, su finalidad no es por lo tanto la expiación, ni la retribución. El ejercicio de la potes-

<sup>39</sup> Cfr. P. VERRI, *Observaciones sobre la tortura*, cit., p. 91.

<sup>40</sup> Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal...*, cit., p. 235.

<sup>41</sup> C. BECCARIA, *De los delitos y las penas*, cit., p. 29. Consecuencia más obvia e inmediata será la destipificación de ciertos pecados como la brujería o la herejía.



tad represiva del Estado debe cumplir una misión, y esta misión es en interés de la sociedad, pero además es una misión que ha de proyectarse hacia el futuro.

No sólo la expiación, con su trasfondo religioso, pierde interés, la simple venganza se considera ya que no es una actividad propia del Estado. Antes bien, el ejercicio de la potestad represiva con una simple finalidad vindicativa es un hecho indigno del gobernante. En palabras de un ilustrado portugués, «en la punición de las infamias se sigue esta triple ley: o para que enmiende aquel a quien pena, o para que su pena haga mejorar a otros, o para que, sacados los malos, los otros vivan más tranquilos: por tanto es injusta la venganza, enteramente ajena al deber, a la dignidad y a la humanidad del gobernante, pues el simple castigo ni se dirige a la enmienda del delincuente ni a la preservación de los otros»<sup>42</sup>.

Pero la pena, además de cumplir una función social de cara al futuro, debe, a juicio del pensador ilustrado, cumplir otro requisito importante: no ha de ser cruel; antes bien, ha de ser la menos dolorosa posible sobre el cuerpo del reo. El objeto de la pena no puede ser ya afligir a un ser sensible con el dolor físico; el mero sufrimiento, el dolor, no cumple una función penal: «¿los alaridos de un infeliz revocan acaso del tiempo, que no vuelve, las acciones ya consumadas?», se preguntará Beccaria<sup>43</sup>.

En la filosofía de la reforma hay una confluencia de razón secularizada y sentimiento. O por mejor decir el nuevo racionalismo lleva implícita una nueva sensibilidad. El mismo Beccaria cuando habla de los testigos en los procesos afirma que sólo deberían admitirse como tales hombres racionales, y puntualiza para aclarar a quién considera hombre racional: «aquel que tenga una cierta conexión en sus propias ideas y cuyas sensaciones sean conformes a las de los otros hombres»<sup>44</sup>. Se ve, pues, cómo el hombre racional no es sólo el hombre de ideas claras, distintas y conexas al modo cartesiano, es también un hombre sensible, al que repugnan ciertas manifestaciones de crueldad.

La importancia de la nueva sensibilidad se aprecia bien en la obra de Beccaria. Para probar que el hombre con el que trabaja es un hombre con una especial sensibilidad basta hacerse eco de sus expresiones: «pacíficos secuaces de la razón», «dulce conmoción con que las almas sensibles responden a quienes sostie-

<sup>42</sup> La cita es de Mello Freire en su obra *Institutionis Juris Lusitani*, recogida por E. R. ZAFFARONI, *La influencia de Cesare Beccaria sobre las política criminal en el mundo*, en Anuario de Derecho Penal, mayo-agosto, 1989, pp. 521-551, en concreto en la p. 530.

<sup>43</sup> C. BECCARIA, *De los delitos y las penas*, cit., p. 45. Sobre la nueva sensibilidad y su papel en la evolución de los derechos humanos, cfr. R. RORTY, *Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad*, en *De los derechos humanos*, trad. Hernando Valencia, Madrid, 1998, pp. 117-136, edición a cargo de S. SHUTE.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 46.

ne los intereses de la humanidad», «hombre iluminado», «alma sensible», etc., con frecuencia utilizadas junto al calificativo del «hombre racional». Expresiones que son realzadas por oposición a otras como: «cruel ignorancia», «bárbaros tormentos», «pródiga severidad», «suciedad y horrores de la prisión», etc.

A tal respecto se ha hecho hincapié en la influencia de la filosofía de los sentimientos en la evolución del derecho penal durante la Ilustración. Esta línea de pensamiento ha sido vista como un «motor decisivo y poderoso para la transformación del siglo», citándose como autores destacados de este movimiento a Rousseau, Herder, Lessing, Mendelssohn y Jacobi<sup>45</sup>.

No cabe duda de que en gran medida el proceso de humanización del derecho penal y procesal tiene que ver con la lucha por lograr una nueva sensibilidad personal y social. El mismo Verri en las primeras páginas de su libro, destinado a contribuir a la abolición de la tortura como instrumento procesal, manifiesta su propósito de lograrlo más impresionando el ánimo y la sensibilidad de los jueces que apelando a su racionalidad jurídica a partir de principios de legislación o conocimientos técnicos, aunque ambas cosas hará al fin y a la postre<sup>46</sup>. Para Verri la emoción y el sentimiento son instrumentos más poderosos a la hora de llevar a cabo este empeño humanizador que la razón, y de lo que se trata es de crear un *pathos* colectivo marcado por una nueva sensibilidad receptiva a los cambios propuestos.

También Voltaire es un buen ejemplo de esta estrategia. Pintado como el «apóstol del humanitarismo» y empeñado en hacer evolucionar el derecho penal del Antiguo Régimen, este gran activista del *Siglo de las Luces* entendió

---

<sup>45</sup> Cfr. el prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba a el libro de P. VERRI, *Observaciones sobre la tortura*, cit., pp. XI-XII. Cabe recordar la forma en que Rousseau habla de la piedad y de la compasión a la hora de caracterizar a los hombres tal y como vivían en el estado de la naturaleza. Este sentimiento era propio de todos ellos y contribuía esencialmente a que la convivencia en tal estado fuera pacífica y feliz. Son sentimientos que refluyen ahora adaptados al nuevo estado de sociedad en el seno de las ideas de beneficencia y humanidad. Resulta expresivo escuchar la palabras de Rousseau: «[...] la piedad es un sentimiento natural que, moderando en cada individuo el amor a sí mismo, colabora a la conservación mutua de toda la especie. Es ella quien nos lleva sin pensarlo a socorrer a aquellos que vemos sufrir; es ella quien en el estado de naturaleza ocupa el lugar de la ley, de las costumbres y de la virtud, con la ventaja de que nadie se siente tentado de desobedecer su dulce voz. Es ella quien arredrará a todo salvaje robusto de quitar su subsistencia adquirida con trabajo a un niño o a un anciano enfermo, si es que quiere encontrar la suya en alguna parte; es ella quien en lugar de esta máxima sublime de justicia razonada, *Haz con otro lo que quieras que hagan contigo*, inspira a todos los hombres esta otra máxima de bondad natural, mucho menos perfecta pero quizás más útil que la precedente: *Haz el bien tuyo con el menor mal posible del otro*. En una palabra, es en este sentimiento natural, mejor que en los argumentos sutiles, donde hay que buscar la causa de la repugnancia que todo hombre debería sentir a hacer el mal, incluso independientemente de la máximas de la educación», J. J. ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*, trad. Antonio Pintor Ramos, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 151-153.

<sup>46</sup> Cfr. P. VERRI, *Observaciones sobre la tortura*, cit., p. 1.

que la insensibilidad de las gentes era un obstáculo importante que se oponía a su labor; por eso su esfuerzo se centrará en llevar la cuestión fuera del círculo de los juristas, que consideraba más insensibles, endurecidos por su trabajo e impermeabilizados por la tradición y el tecnicismo, planteando la preocupación a una multitud de personas y convirtiéndola en tema de debate social ante la opinión pública. Su intención era influir en la conciencia pública sacudiéndola y haciéndola sensible ante una realidad terrorífica, para lograr así que reaccionara contra ella<sup>47</sup>.

De hecho se ha dicho que Voltaire y Beccaria se identifican en muchas cosas, pero especialmente por su preocupación por extender la nueva sensibilidad: «un vínculo común liga a los dos escritores: una emoción humana de caridad y de compasión vibra en sus palabras; un cordial sentimiento de solidaridad es el aliento y la vida de su obra». Y el éxito de sus propuestas sustantivas de modificación del derecho pasa por haber logrado la generalización de esa nueva sensibilidad: «el humanitarismo [...] proclamado por Voltaire y Beccaria extendióse por Europa como una corriente expansiva sentimental»<sup>48</sup>.

Esta sensibilidad es además presentada como un fruto de la civilización, como un distintivo de los nuevos tiempos ilustrados<sup>49</sup>. La tortura misma, por ejemplo, será puesta en relación con dos estados primitivos de la civilización. Por un lado, y pensada en referencia a los sentimientos de las personas individuales, se la hace surgir «del hondón inconsciente de la personalidad humana, formado por la herencia arcaica de las experiencias de la especie, en el que latén las tendencias más primitivas, los instintos, la agresividad y las impulsiones [...]», todo ello en oposición al desarrollo civilizatorio de la sociabilidad y de la conciencia. Del mismo modo, pero desde una perspectiva política más general, la tortura tiene que ver con sistemas políticos antiguos, tiránicos, marcados por el desmedido afán de poder y la voluntad de imponerlo sin límites<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Cfr. M. CASAS FERNÁNDEZ, *Voltaire criminalista. Precursor del humanitarismo en la legislación penal*, cit., en especial las pp. 21 y 47. De hecho la cuestión ya estaba en el ambiente como tema de debate político. Así lo demuestra que las Academias y Centros de cultura de los principales Estados de Europa ofrecieran premios a planes y proyectos de reforma penal, o el interés de la Cortes ilustradas por este tema, que en otras ocasiones llegó de manos de la misma obra de Voltaire.

<sup>48</sup> Cfr. *ibidem*, p. 100. Sobre el papel de las mujeres en el desarrollo de esta nueva sensibilidad cfr. *ibidem*, p. 34.

<sup>49</sup> Beccaria dirá: «quien conoce la historia de dos o tres siglos a esta parte, y la nuestra, podrá ver cómo del seno de lujo y la delicadeza nacieron las más dulces virtudes, la humanidad, la beneficencia y la tolerancia de los errores humanos», cfr. C. BECCARIA, *De los delitos...*, cit., p. 34.

<sup>50</sup> Cfr. el pólogo de Manuel Rivacoba y Rivacoba a el libro de P. VERRI, *Observaciones sobre la tortura*, cit., p. XXXIX.

Se plasma así una oposición entre dos formas de sensibilidad que pretenden ser la oposición entre un mundo antiguo y un mundo moderno. La evolución de la sociedad produce una evolución de los sentimientos y al nuevo estado social le corresponde un aumento en la sensibilización de los hombres y en consecuencia una disminución de la crueldad de las penas<sup>51</sup>.

Esta nueva sensibilidad bebe en buena parte, al menos desde un punto de vista ideológico, en una nueva concepción del hombre, de su dignidad y también de su cuerpo, que van a ser rehabilitados dentro de estos modelos de pensamiento. El discurso de lo natural ha pretendido siempre tener un carácter prescriptivo, pues bien, la naturaleza va a ser leída ahora a partir de la persona humana. La naturaleza humana proporciona enseñanzas e impone exigencias. La idea de derecho y la de derecho natural aun más son ahora relativas a la naturaleza del hombre.

La naturaleza quiere un hombre sano de cuerpo y espíritu, y será una ley de la naturaleza, incluso la primera de ellas, la que afirma que todo hombre debe conservarse a sí mismo y conservar a los demás.

Esta nueva perspectiva tendrá una repercusión clara en el campo del derecho penal.

Por ejemplo, si la naturaleza concede a todo hombre el derecho a autoconservarse, es más, si la naturaleza ha inscrito en el corazón de cada uno la ley primitiva de la defensa de sí mismo, de ahí se deduce el derecho a no declarar en juicio contra uno mismo<sup>52</sup>. Tampoco cabe hacerlo, porque repugna igualmente a la naturaleza, contra los parientes más próximos<sup>53</sup>. Es también una manifestación más de este derecho natural a la autoconservación la posibilidad de recurrir las sentencias en apelación, agotando las vías posibles de salvación

---

<sup>51</sup> A este respecto se ha sostenido que el hombre ilustrado incorpora tres nuevas virtudes, derivadas de su moral natural: las de tolerancia, beneficencia y humanidad, cfr. P. HAZARD, *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, trad. Julián Marías, Alianza Universidad, Madrid, 1991, pp. 153-155. Sobre la humanidad dirá: «virtud nueva porque ha adquirido la plenitud de su sentido; virtud por excelencia para los moralistas del siglo XVIII, puesto que les recordaba esa condición del hombre de la que pensaban que había que partir siempre, a la cual había siempre que volver y que, por consiguiente, lo encerraba todo». La humanidad, de la que todos los hombres forman parte, que los asemeja y permite que uno se reconozca en los otros, crea además lazos de simpatía recíproca. Sobre la nueva moral, cfr. pp. 148 y ss., donde se coloca la moral en relación con la naturaleza hasta justificar la aparición de la legitimidad del amor propio y de la tendencia natural a buscar el placer y evitar el dolor.

<sup>52</sup> Cfr. M. PAZ ALONSO, *El proceso penal en castilla*, cit., en concreto el capítulo titulado a «El reformismo penal en la Ilustración española», pp. 317 y ss., con interesantes citas de Meléndez Valdés y Lardizábal relativas a este punto en las pp. 328 y 329.

<sup>53</sup> Cfr. P. VERRI, *Observaciones sobre la tortura*, cit., p. 93, donde afirma que «la humanidad se estremecía ante tales casos, la naturaleza reclamaba sus sacros derechos; personas tan próximas por los vínculos más augustos destruyéndose mutuamente».

personal, e incluso el derecho a acudir a otros hombres para colaborar en la propia defensa en el caso de que uno no pueda defenderse a sí mismo de la mejor manera<sup>54</sup>.

La lectura de la ley natural también afectará a la forma de concebir ese elemento clave del proceso que es la confesión. La obligación del imputado de declarar bajo juramento va a ser interpretada ahora como una violación de la primera ley de la naturaleza, ya que implica colocar a un hombre en la tesitura de ofender a Dios rompiendo su juramento o convertirse en asesino de sí mismo confesando su crimen.

De esta forma se irá produciendo un cambio radical en la posición del reo en el proceso, y frente a una situación de sometimiento que incluye la obligación de responder y de declarar la verdad bajo juramento, se irá construyendo el derecho de defensa, que incluye el derecho al silencio e incluso el derecho a tergiversar los hechos faltando a la verdad, al menos en el sentido de que los falsos testimonios dados para defenderse no tendrán una sanción jurídica específica, todo ello amparado en la máxima de que «nadie está obligado a declarar contra sí mismo» («nemo tenetur edere contra se»)<sup>55</sup>.

Esta nueva visión del imputado es fruto de una preocupación por el inocente a la que ya hemos aludido, pero también de una nueva consideración del culpable. En general se inicia el proceso de individualización del delito y de la pena, que será una de las características de la evolución del derecho penal. Aparece la preocupación por las condiciones personales del reo, su temperamento y su carácter, y por todos los factores sociales y educacionales que abocan a la criminalidad. Poco a poco se irá dando origen a un discurso en el que el delincuente va a ser presentado como una víctima más, y en parte la culpabilidad va a empezar a trasladarse al contexto social y económico del autor del delito. También en este punto a causa, al menos parcialmente, de una nueva sensibilidad que ve en toda persona sometida a la desdicha una víctima objeto de compasión<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Como sostendrá Voltaire en su *Lettres philosophiques*, donde afirma que «la naturaleza enseña a todo hombre que él debe acudir a las luces de otros hombres cuando no se considere capaz de defenderse», citado en M. CASAS FERNÁNDEZ, *Voltaire criminalista. Precursor del humanitarismo en la legislación penal*, cit., p. 176.

<sup>55</sup> Sobre esta evolución hacia un proceso garantista de los derechos de los imputados en la que son hitos importantes el rechazo de la prisión preventiva y el de la tortura como procedimiento indagatorio, las mayores exigencias probatorias para los delitos más graves y la progresiva elaboración del derecho de defensa, cfr. J. L. VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, cit.

<sup>56</sup> En el libro sobre Voltaire de M. Casas antes citado se recuerda a este respecto una afirmación de Guyáu: «¿Sufres?: ¡Luego te quiero!», cfr. M. CASAS FERNÁNDEZ, *Voltaire criminalista. Precursor del humanitarismo en la legislación penal*, cit., p. 202. Cabe recordar también en esta línea una máxima

En el seno de esta nueva lectura de la naturaleza, basada en el hombre, se constata también una nueva visión del cuerpo. Se ha dicho que la naturaleza quiere un cuerpo sano. El cuerpo parece que vuelve en este contexto a tomar conciencia de sí mismo y a reclamar su propia importancia. Se va instaurando progresivamente en la vida cotidiana una nueva conciencia del cuerpo que se relaciona con el auge de la conciencia burguesa, y que implica que la higiene personal y el cuidado del propio cuerpo fueran nuevas e importantes preocupaciones<sup>57</sup>. De ahí a la repugnancia ante la contemplación, o la mera imaginación, del cuerpo lacerado o sangriento hay un corto paso.

En esta línea Voltaire afirmará contundentemente que es la voz de la propia naturaleza la que condena los suplicios inflingidos al ser humano, porque la tortura «horroriza a la naturaleza»<sup>58</sup>.

A la sangre se había referido también Beccaria, quien propone una nueva visión de la sangre y de su papel en los procesos penales. En su opinión la sangre debe desaparecer de los procedimientos penales, ya que su derramamiento es fruto o bien de la necesidad o bien de las pasiones del ser humano, que la vierte como resultado de un actuar impulsivo. Por el contrario, la ley, que ha de ser fruto del estudio y actuar como moderadora de la conducta humana, «no debe aumentar ese fiero documento»<sup>59</sup>.

Cabe decir algo más sobre el proceso de evolución de la sensibilidad. Hemos comentado que para los ilustrados la sensibilidad es producto de la civilización, y hemos contemplado también el suplicio del cuerpo de Damiens. El hecho es comentado por periódicos de la época como la *Gazeta de Amsterdam* y recogido por escrito por algunos testigos. Hay algo que llama la atención a uno de los espectadores que relata el tormento: es la forma en que Damiens, después de ser atenazado, y en varias ocasiones sucesivas, levanta la cabeza y se mira. Se mira su cuerpo, un cuerpo progresivamente destrozado por el tor-

---

enunciada por Mme. Staël: «ser desdichado es ser inocente», que será retomada por Mme. Proust a propósito del caso Dreyfus, explicando desde el cenit de la civilización su defensa del militar amparándose simplemente en esa frase, lo que ha sido visto como una exaltación de la sensibilidad femenina, cfr. G. DE DIESBACH, *Marcel Proust*, trad. Javier Albiñana, Anagrama, Barcelona, 1996, p. 210.

<sup>57</sup> Cfr. D. M. LOWE, *Historia de la percepción burguesa*, trad. Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pp. 183 y ss. El autor sostiene que en la sociedad burguesa el cuerpo adquirió una nueva conciencia de sí mismo caracterizada porque ya no se le comparó con ninguna otra cosa. Comenta cómo a finales del siglo XVIII el hogar empezó a tener lavabo, cómo en el XIX aparece el excusado y en el XX el cuarto de baño completo, para ilustrar la progresiva preocupación burguesa por el cuerpo y su higiene. El autor se refiere también a la evolución de la sensibilidad burguesa y afirma que su sensibilidad al dolor va haciéndose también cada vez más aguda, cfr. *ibidem*, pp. 192 y ss.

<sup>58</sup> Cfr. El comentario de Voltaire al libro de Beccaria, *De los delitos...*, cit., p. 125.

<sup>59</sup> Cfr. C. BECCARIA, *De los delitos...*, cit., p. 78.

mento. El espectador percibe la forma en que el supliciado se vuelve para contemplar los estragos de la tortura sobre su cuerpo y de alguna manera simpatiza con este acto. La conclusión del hecho es que puede hablarse efectivamente en el siglo XVIII de la existencia de una nueva sensibilidad frente a los suplicios públicos.

Hacer hablar a los objetos, había dicho Flaubert en uno de sus ensayos sobre literatura. Un célebre sociólogo contemporáneo, Norbert Elias, hace hablar en su libro *El proceso de la civilización*<sup>60</sup> a los cuchillos de comedor sobre el desarrollo de la civilización y sobre la evolución de la sensibilidad social. La forma de utilización del cuchillo en la mesa es presentada como una encarnación del espíritu social, del cambio que en los impulsos y sentimientos produce la civilización.

El libro es una reflexión en torno a la estructura de las emociones humanas y su control, puesta en relación con el proceso civilizatorio. La idea es que el proceso civilizatorio implica una transformación de los comportamientos humanos y de la sensibilidad en una dirección determinada, a través de una evolución que se relaciona con el devenir institucional y con la consolidación del monopolio estatal en el ejercicio de la violencia física.

Esta relación surge en la medida en que la organización monopolística de la fuerza y la creciente estabilidad institucional propias de las sociedades más avanzadas hacen la vida en común menos peligrosa, y como consecuencia más pacífica, menos violenta.

Huizinga ya había descrito lo que denomina «el tono de la vida» durante la Edad Media afirmando que la estructura emocional de los individuos estaba entonces marcada por el sentimiento de inseguridad generalizado y por una sensación de permanente temor. Como consecuencia la característica más destacada de la personalidad de los individuos era su inestabilidad emocional, una inestabilidad emocional que hacía que el temperamento de los individuos oscilara entre «la dureza más cruel y una emoción sollozante»<sup>61</sup>. Los hombres

<sup>60</sup> Cfr. N. ELIAS, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, trad. Ramón García Cotarelo, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993.

<sup>61</sup> Cfr. J. HUIZINGA, *El otoño de la Edad Media*, trad. José Gaos, Alianza Editorial, Madrid, 1990. En especial cfr. el cap. I. «El tono de la vida», pp. 13-45. La cita literal está en la p. 39. También Voltaire se hará eco de este sentimiento sádico ante el sufrimiento ajeno que considera indigno de la humanidad. Por ejemplo en su diccionario filosófico se lo reprocha a los «graves magistrados que compran por dinero su derecho a hacer estos experimentos con el prójimo», e incluso a sus mujeres que muestran su curiosidad interrogando a sus maridos sobre los tormentos que han practicado cada día, cfr. VOLTAIRE, voz «Tormento», en *Diccionario filosófico*, tomo II, trad. Ana Martínez Arancón, Ed. Temas de Hoy, Madrid, 1995, pp. 593-395.

eran capaces tanto de manifestar un sentimentalismo ridículo ante los hechos más intrascendentes como de mostrar una inusitada crueldad ante el sufrimiento ajeno.

En el mundo jurídico la manifestación de esta inestabilidad emocional estará marcada sobre todo por la crueldad, si bien es cierto que ocasionalmente se verá interrumpida por el uso arbitrario de la gracia<sup>62</sup>. Huizinga sostiene por ejemplo que las características más destacadas de los documentos jurídicos medievales por él analizados en el transcurso de sus investigaciones son la codicia, el espíritu bélico y el afán de venganza. Dice también que, en el ámbito público, el sentimiento de inseguridad imperante hacía que se demandara del poder una política represiva «terrorista», y confiesa que lo que más le sorprende de la crueldad de la administración de justicia es el «regocijo animal y grosero, el placer del espectáculo de feria que el pueblo experimenta con ella»<sup>63</sup>.

A despecho de este momento histórico, el paso a una sociedad más segura, donde existe ya un monopolio centralizado del uso de la fuerza, habría supuesto un aumento de la sensación de seguridad de los individuos, y como consecuencia una mayor estabilidad emocional y finalmente una disminución de los sentimientos violentos y en concreto del de crueldad.

Elias añade la idea de que este proceso está en íntima relación con el paso de un sistema de fuertes coacciones sociales externas a otro sistema distinto de coacciones internas, que implica la aceptación por parte de los ciudadanos de formas más intensas de autodomínio, que permiten compensar la disminución del rigor de la potestad represiva del poder central. Dirá respecto de las nuevas sociedades que en ellas «el individuo está protegido frente al asalto repentino, frente a la intromisión brutal de la violencia física en su vida; pero, al mismo tiempo, también está obligado a reprimir sus propias pasiones, la efervescencia que le impulsa a atacar físicamente a otro»<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> A este respecto hay que hacer constar que la nueva racionalidad laica implica también una reticencia frente al derecho de gracia, una institución cuya frecuente utilización se ha explicado en efecto como un intento de compensar parcial y arbitrariamente el carácter extremadamente duro del derecho penal del Antiguo Régimen. Algunas manifestaciones de este derecho de gracia antiguo y arbitrario son el perdón por la rotura de la cuerda en caso de ser condenado a morir en la horca, el indulto cuando el reo condenado a muerte le pedía en matrimonio una prostituta, o cuando se cruzaba con un cardenal camino del cadalso y éste se quitaba el sombrero y se lo ponía al reo, cfr. GARCÍA VALDÉS, *Introducción a la penología*, cit., p. 50. Manifestaciones que como norma general acabarán con las codificaciones, sin perjuicio de que en casos excepcionales se reserve un derecho de gracia a favor del poder ejecutivo o del monarca.

<sup>63</sup> Cfr. J. HUIZINGA, *El otoño de la Edad Media*, cit., p. 35.

<sup>64</sup> Cfr. N. ELÍAS, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogénicas y psicogénicas*, cit., p. 454.



Para Norbert Elias el paso del modelo de guerrero al de cortesano ilustra muy bien este cambio social, marcado por la progresiva expulsión de la violencia física, el paulatino desarrollo del autodomínio y la dulcificación de las costumbres: «la vida de los guerreros —y también la de los demás, que habitan en una sociedad que está dominada por una clase de guerreros— está amenazada de modo constante e inmediato por actos de violencia y, en consecuencia, se mueve entre dos extremos por comparación a la vida de los ámbitos pacificados. Esta vida ofrece a los guerreros un margen extraordinariamente amplio —en comparación con cualquier otra sociedad— en la manifestación de los sentimientos y pasiones, la posibilidad de diversiones salvajes, de satisfacer sus apetitos carnales o de dar rienda suelta a su odio en la destrucción y el martirio de todo lo enemigo. Pero, por otro lado, también amenaza al guerrero vencido con una entrega absoluta al poder y a las pasiones de otro, con una esclavización completa, con formas extremas de torturas físicas, los encarcelamientos y la humillación radical [...]»<sup>65</sup>.

Muy distinta es la vida del modelo de hombre cortesano que se impone progresivamente. En la corte el juego del poder, del favor y de la influencia será también complejo y peligroso, pero de él están ahora excluidas la violencia física y las explosiones emotivas: «un hombre que conoce la corte es dueño de sus gestos, de sus ojos y de su expresión; es profundo e impenetrable, disimula sus malas intenciones, sonríe a sus enemigos, reprime su estado de ánimo, oculta sus pasiones, desmiente a su corazón y actúa contra sus sentimientos»<sup>66</sup>.

Es importante destacar que la adaptación a estas nuevas formas de comportamiento es una exigencia institucional y que de su asimilación depende el éxito en la carrera para el poder y la influencia. Con este nuevo orden, nunca mejor dicho, tanto más amenazado socialmente está quien cede a sus emociones y pasiones espontáneas, mientras que por el contrario mayor ventaja social tiene quien consigue dominar sus impulsos.

Correlativo a este proceso de civilización es, en la ideografía presentada por Elias, que el afilado cuchillo tiende a desaparecer en el ritual de la mesa, o se ceda entre los comensales siempre con la punta señalando hacia quien lo pasa.

En suma el cambio implica una represión de los sentimientos más violentos, una pacificación, una nueva sensibilización. En lo que nos atañe este pro-

<sup>65</sup> Cfr. *ibidem*, p. 455.

<sup>66</sup> La cita es de La Bruyère, recogida por N. ELIAS, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, cit., pp. 483-484. La Bruyère dirá también que «la Corte es como un edificio de mármol, quiero decir que está constituida por personas muy duras, pero muy pulidas», *ibidem*, p. 573.

ceso de sensibilización se bifurca en dos manifestaciones importantes. Por un lado, en la vertiente institucional, el poder resta crueldad a sus formas represivas porque ya no le son tan necesarias y resultan contrarias a su dignidad. Por otro, en una vertiente social, los ciudadanos dulcifican sus costumbres y son más sensibles ante el espectáculo público del sufrimiento de sus semejantes.

En cuanto a la reproducción del proceso de sensibilización en los modelos oficiales, del mismo modo que en la carrera cortesana por el poder los medios se sofistican, y son expresivas las diferencias que constata en este sentido Huizinga entre las cortes medievales y las modernas, en el ejercicio de la potestad represiva esa misma administración no puede ya comportarse con la antigua brutalidad. Por un lado la sensibilidad de esos nuevos hombres de Estado es otra<sup>67</sup>, y por otro, otros modelos represivos y sobre todo nuevos métodos de control social más elaborados van siendo posibles. El aparato represivo actúa mediante su aplastante superioridad, pesa ya más como una mera posibilidad, una instancia de control. Obliga a los individuos a adoptar formas de autodomínio, y en una medida cada vez mayor, las batallas son ahora internas, y las cicatrices son internas también<sup>68</sup>. Además la fuerza ya no es el elemento clave en la legitimación y en el ejercicio de poder, y las manifestaciones de fuerza, concretadas en la violencia física volcada sobre el cuerpo del reo, pierden sentido como formas de control que implican la manifestación y reproducción del poder del Estado.

Por otro lado y en cuanto a los espectáculos públicos de ejecución de penas, Elias comenta también el reflejo que en este campo produce el proceso de sensibilización. Elias sostiene que en una sociedad antigua los hombres lograbán un gran autodomínio en el sufrimiento de los dolores, pero este control se complementaba con una libertad extrema en la manifestación del placer producido por la tortura de los demás. Por el contrario, la monopolización de la violencia física disminuye el miedo y el terror que el hombre inspira al hombre y, al mismo tiempo, la posibilidad de aterrorizar, atemorizar o torturar a los demás y la posibilidad de que se den ciertas manifestaciones de alegría ante el sufrimiento<sup>69</sup>. El suplicio va dejando de ser un espectáculo agradable. Pero además de esto plantea problemas a la administración represiva en cuanto que

<sup>67</sup> Por ejemplo Rivacoba presenta a Verri en el prólogo de su libro *Sobre la tortura* como un representante de «la nobleza que había olvidado su independencia feudal y se había tornado cortesana», en un momento en el que además «[...] la monarquía absoluta se había asentado y arraigado», cfr. P. VERRI, *Observaciones sobre la tortura*, cit., prólogo, p. XIV. Algo similar podría decirse de Becaria.

<sup>68</sup> Cfr. N. ELIAS, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogénéticas y psicogénéticas*, cit., pp. 526 y ss.

<sup>69</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 457-458.

incluso empieza a correrse el riesgo de que se dé lugar a altercados públicos, precisamente por el exceso de brutalidad que pueden manifestar y la imprevisible reacción del público. Se convierten en un arma de doble filo al haber en estos juegos con las emociones y la sensibilidad general algo de imprevisible<sup>70</sup>.

Así pues, y como consecuencia de todo proceso descrito, la Ilustración va abriendo paso a una nueva penalidad, que desde el punto de vista de la humanización implica sobre todo la desaparición del cuerpo como blanco mayor de la represión penal. Desaparición que implica por un lado la abolición del espectáculo punitivo, el paso de los procesos privados y las penas públicas a los procesos públicos y las penas privadas, y las cárceles o las colonias penitenciarias son un buen ejemplo de ello; y por otro la anulación del dolor físico, con el paso a una penalidad incorporeal que consistirá esencialmente en la limitación de bienes o derechos. La cárcel misma no aparece entonces como un castigo corporal, el cuerpo del reo es intocable, sino como la limitación de un derecho, el derecho de libertad, de reciente descubrimiento<sup>71</sup>.

Hay que aclarar que la historia del derecho penal y procesal, a partir de los planteamientos ilustrados, no es una historia de un proceso lineal, sino más bien una historia de sucesivos avances y retrocesos. Por ejemplo, el siglo XIX verá en la mayor parte de los países de Europa un recrudecimiento de las normas penales de resultas de la crisis económica y del aumento de la delincuencia<sup>72</sup>. Estas tendencias son episódicas a lo largo de la historia social. Frente a ellas puede decirse que el pensamiento de la Ilustración enuncia algunas de las líneas maestras en el tratamiento de los delincuentes a las que probablemente vaya a ser necesario acudir de forma recurrente.



<sup>70</sup> Por ejemplo Foucault describe casos en los que el público se rebela, dando lugar a graves desórdenes, ante la ineficacia del verdugo, que, incapaz de darle muerte, prolonga la agonía del reo, cfr. M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, cit., pp. 63 y 69.

<sup>71</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 15 y ss. Foucault hablará de castigos menos inmediatamente físicos, cierta discreción en el arte de hacer sufrir, un juego de dolores más sutiles, más silenciosos, y despojados de su fasto visible.

<sup>72</sup> Cfr. G. RUSCH Y KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social*, cit., y D. MELOSI y M. PAVARINI, *Cárcel y fábrica*, cit.